
**A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DA EVOLUÇÃO DO
DIREITO OBRIGACIONAL E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO JUDICIAL**

Napoleão Nunes Maia Filho

Sumário: 1. Introdução. 2. Visão resumida da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Breve síntese da evolução normativa da desconsideração da personalidade, no Brasil. 4. Limites da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Mantém-se permanente, desafiador e instigante, o sempre fascinante tema da *desconsideração da pessoa jurídica ou da personalidade da pessoa jurídica ou, ainda, da personalidade societária*, no domínio do Direito Obrigacional, que tem sido objeto do interesse de eminentes juristas do País, máxime em face da chamada *crise da função do conceito de empresa*, enriquecida mais recentemente, com a absorção, pelas estruturas empresariais privadas, como se sabe, do dever jurídico de realizar macro-objetivos visados pelo Direito na atualidade.

Sem embargo dessa re-orientação jurídica, indicando - *e até mesmo impondo* - às empresas o atendimento de valores éticos e sociais, é certo que muitas vezes - *ou até mesmo quase sempre* - os estatutos das entidades privadas e os seus contratos sociais explicitam-lhe apenas *fins essencialmente privatísticos*, mais vinculados, naturalmente, ao legítimo interesse dos empresários capitalistas em maximizar o proveito dos seus investimentos produtivos.

Coube ao Professor RUBENS REQUIÃO, emérito jurista e doutrinador brasileiro, da Universidade Federal do Paraná-UFPR, a primazia dos primeiros estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, em explanação que fez em memorável conferência na Faculdade de Direito da UFPR, na qual divulgou o pensamento do jurista alemão ROLF SERICK, tido como o iniciador da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na Europa, no começo dos anos 50 do século XX (Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica - *Disregard Doctrine*, RevTrib 410/12, São Paulo, RT).

O mesmo tema foi depois desenvolvido mais amplamente pelo eminente Professor REQUIÃO, no seu consagrado Curso de Direito Comercial (São Paulo, Saraiva, 1971), onde o mestre lançou as bases científicas da desconsideração da pessoa jurídica, dentro dos seguros limites do sistema de Direito Positivo Brasileiro (ob. cit, vol. I, p. 177).

Já no ano seguinte, o genial PONTES DE MIRANDA deu novos e mais profundos fundamentos ao citado tema, inserindo-o no seu monumental Tratado de Direito Privado (Rio de Janeiro, Borsó, 1972); a Professora MARIA HELENA DINIZ, da Universidade de São Paulo, também dedicou grande atenção a esse assunto (Código Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 1993), que já fora ampliado pelo Professor FÁBIO KONDER COMPARATO (O Poder de Controle na Sociedade Anônima, São Paulo, RT, 1977), pelo Professor JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA (A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, São Paulo, Saraiva, 1979), pelo Professor MARÇAL JUSTEN FILHO (Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, São Paulo, RT, 1987) e pelo Professor FÁBIO ULHOA COELHO (Desconsideração da Personalidade Jurídica, São Paulo, RT, 1989).

Muitos outros juristas vêm aplicando particular atenção ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica, com a oportuna divulgação de idéias da mais alta pertinência, em monografias de inegável valor, com a do mestre cearense Professor SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JÚNIOR (A Desconsideração da Personalidade Jurídica, Fortaleza, DIM/CE, 2003), a de EDUARDO LESSA BASTOS (Desconsideração da Personalidade Jurídica, Rio de Janeiro, *LumenJuris*, 2003) e a primorosa monografia da Procuradora paraense SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY (A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos



de Empresas, Rio de Janeiro, Forense, 2000), dentre outros de igual merecimento, expressando reflexões amadurecidas e sem dúvida alguma importantes.

Apesar desse inegável interesse doutrinário, o Professor FÁBIO ULHOA COELHO já estimara, em 1989 (e com justa razão), que *a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem recebido, por parte da doutrina, a atenção e o aprofundamento que merece*, sendo possível afirmar que essa observação do douto jurista se conserva atual, embora manifestada há quase vinte anos (*op. cit.*, p. 10).

Com efeito, é oportuno frisar que a desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada, às vezes com sucesso, em setores jurídicos que não são propriamente os do Direito Comercial tradicional e os do Direito Obrigacional de base mercantil, passando a alcançar, com uma certa dose de originalidade criativa, sem dúvida, relações que, em princípio, não comportariam a sua incidência, como as que pertencem ao Direito de Família, por exemplo, *para ensejar a exigência do patrimônio da empresa de obrigação devida por dirigente, acionista ou controlador, numa espécie de caminho inverso ao da concepção desse instituto*.

Mas a detectada expansão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a outras relações de direito (não negociais) que d'antes sequer seriam objeto de cogitação, longe de significar a sua falência representa, pelo contrário, a demonstração da sua pujança conceitual e doutrinária, a demandar - *e até mesmo exigir* - maiores e mais profundas reflexões sobre a sua natureza, limites e possibilidades de invocação nas amplas e várias províncias do vasto continente do Direito Privado.

2. VISÃO RESUMIDA DA CHAMADA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica representa um remédio - ou uma técnica - judicial excepcional, processualmente aplicável aos casos em que - inexistindo previsão legal expressa de solidariedade obrigacional ou de responsabilidade de terceiros - o Juiz constata, mediante a criteriosa análise de certo caso concreto, que os dirigentes, controladores ou acionistas de determinada pessoa jurídica (entidade privada) se valeram da sua personalidade (do ente jurídico dirigido ou

controlado) para a obtenção de resultados ilícitos ou abusivos, no campo das relações negociais, ou para prejudicar terceiros.

Portanto, a desconconsideração da personalidade é algo (a) excepcional (por somente ser cabível em situações incomuns, anormais ou extraordinárias), (b) tópico (por servir apenas à resolução do caso concreto *sub judice*, não afetando outras obrigações da entidade e nem desconstituindo a sua personalidade) e (c) processual (por somente ter cabimento mediante decisão do Juiz, em feito de amplo contraditório); em outros termos, a desconconsideração da personalidade somente tem aplicação quando não dispuser o Juiz de outros institutos, instrumentos, meios ou remédios jurídicos capazes ou hábeis para a solução da pendência judicial oriunda de fraude ou abuso por intermédio da entidade controlada ou dirigida, pois a autonomia da pessoa jurídica continua sendo a regra básica do ordenamento, como já constava do art. 350 do Código Comercial (Lei n. 556, de 25.06.1850) e do art. 20 do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e consta do art. 596 do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 5.969, de 11.01.1973).

Pode-se dizer que esses dispositivos cristalizaram uma *visão liberal* do problema da regulação da responsabilidade privada – *e certamente o fez* – mas, se se torna necessário afirmar a permanência dessa *ideologia jurídica*, também não se deve empecer a constatação de que aquela dita visão – calcada essencialmente na decantada autonomia da vontade – há muito começou a perder o seu prestígio, sendo correto afirmar que, hoje em dia, o voluntarismo individualista liberal passou a ter um papel *menor* na formação dos contratos e das responsabilidades decorrentes dessas avenças privadas, pelo que não seria exagerado falar-se em algo como o *declínio do voluntarismo*, no espaço das relações jus-obrigacionais modernas.

Porém, dever-se enfatizar que, quando o ordenamento contiver a previsão de outros institutos jurídicos para a solução judicial de impasses dessa natureza, tal como a previsão de solidariedade ou responsabilidade de terceiros, por exemplo, *não poderá - e mesmo não deverá - o Juiz se valer da desconconsideração da personalidade jurídica da entidade originalmente obrigada, para carregar no patrimônio dos seus dirigentes, controladores ou acionistas o ônus pela obrigação não desempenhada pela pessoa jurídica que diretamente se obrigara, ainda que essa solução se mostre, eventualmente, o meio mais fácil de resolver o litígio.*

Mas importa deixar bem claro que a organização ou a instituição de uma pessoa jurídica, com patrimônio distinto e autônomo em relação aos patrimônios dos seus instituidores, controladores, dirigentes ou acionistas, tornou-se indispensável nas relações econômicas e produtivas contemporâneas e atende, sem dúvida alguma, a inegáveis interesses estratégicos da ordem econômica pluralista, os quais somente são passíveis de atendimento mediante o emprego de técnicas como a da personalidade jurídica de entidade dotada de ampla autonomia patrimonial e obrigacional.

Sob essa perspectiva, a desconsideração da personalidade, longe de ser um procedimento *contra a entidade jurídica ou visando diminuir ou abalar o seu prestígio*, é na verdade uma medida *em seu favor*, por meio da qual a intervenção judicial tópica, limitada e saneadora, coíbe eficazmente ilícitos ou abusos que a desviam das suas funções institucionais ou comprometem os seus desempenhos.

Recorde-se que a teoria da desconsideração da personalidade tem as suas nascentes ou raízes mais remotas no domínio do Direito Obrigacional e foi estruturada sob a inspiração do *indeclinável princípio da boa-fé*, com a finalidade principal de combater os casos em que uma entidade privada (pessoa jurídica), tendo assumido de forma regular uma obrigação contratual (negocial), deixa de desempenhar a tempo e modo o dever jurídico nela representado ou contido, *em decorrência (ou por causa) de atos praticados pelos seus próprios dirigentes, controladores ou acionistas*.

Em outros termos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação quando os dirigentes, controladores ou acionistas de uma entidade privada (pessoa jurídica), agindo de modo fraudulento ou abusivo (*extra alea negocial*) no mundo das transações comerciais, levam a entidade por eles dirigida ou controlada a descumprir total ou parcialmente obrigação que assumira, assim ocasionando prejuízos ou danos a interesses de terceiros e - *o que até avulta ainda mais grave* - fragilizando a confiança de todos nas transações econômicas e comerciais, solapando a boa-fé que sempre deve estar presente em tais relações.

Um dos procedimentos mais comuns geradores do descumprimento de obrigações pelo ente dirigido ou controlado se dá pela via da chamada *subcapitalização* da pessoa jurídica dirigida ou controlada, *assim entendido*

o evento anormal na existência da entidade jurídica, com a potencialidade de comprometer - à míngua de recursos suficientes - o desempenho de suas obrigações jurídicas regulares, contraídas com terceiros, mediante a realização de negócios jurídicos, comprometimento esse que se possa atribuir a atos (comissivos ou omissivos) dos seus dirigentes, controladores ou acionistas.

Nesses casos, diz-se que os dirigentes, controladores ou acionistas provocaram a subcapitalização da entidade, *mas cumpre averiguar se os atos que produziram esse resultado - subcapitalização - estão ou não eivados de ilicitude ou de abuso de poder manifesto, isto é, se são na verdade devidos à álea negocial ordinária ou comum ou se derivam de conduta sancionável.*

A ilicitude se evidencia no descumprimento de norma legal em sentido amplo (aí incluídas as normas ditas inferiores, como constantes de resoluções administrativas normativas, instruções disciplinadoras de condutas, etc.), de normas estatutárias, regimentais ou contratuais; o abuso de poder se evidencia na prática de ato aparentemente conformado ao padrão normatizado, *mas na verdade voltado ao atendimento de interesses externos - ou até contrários - aos da entidade jurídica, como por exemplo a concessão de garantia fidejussória, em relação jurídica estranha à entidade.*

Diante de uma situação assim caracterizada, o Juiz poderá (e mesmo deverá) imputar diretamente ao agente operador do ilícito ou do abuso de poder o comportamento acoimado de lesivo, de ter procedido com excesso de poder, desvio de finalidade ou *consilium fraudis*, ou qualquer outra modalidade de conduta capaz por si mesma de produzir resultado danoso ou prejudicial à entidade ou à outra parte da relação jurídica, a saber, a parte credora da relação obrigacional entretida com a entidade dirigida ou controlada por aquele mesmo agente.

Mas é deveras importante deixar bem claro que se deve distinguir e extremar a desconsideração da personalidade dos casos em que ocorre apenas o surgimento da responsabilidade legal de terceiros, em razão da solidariedade obrigacional, por exemplo, expressamente prevista em diplomas normativos, lembrando, porém, a *inegável afinidade entre esses institutos (o da desconsideração da personalidade e o da responsabilidade de terceiros), máxime nos casos em que o surgimento da responsabilidade de outrem depende da ocorrência de atos infracionais.*



Em síntese, ocorrendo a hipótese em que se constata terem os dirigentes, controladores ou acionistas da entidade agido em fraude à Lei ou aos fins da entidade, valendo-se da personalidade do ente dirigido ou controlado, *pode (e mesmo deve) o Juiz lhes impor de logo a responsabilidade pessoal e ilimitada pela obrigação descumprida pela entidade, isto é, passa a ser exigível, direta e imediatamente, desses agentes o desempenho daquele dever jurídico descumprido pela pessoa jurídica da qual têm a direção ou o controle, desde que ocorrente a situação ilícita, que é o seu suporte material ou fático.*

Como se vê, renove-se que a aplicação preferencial da teoria da desconsideração da pessoa jurídica se situa no importantíssimo e delicado domínio do Direito Obrigacional e tem por objetivo essencial impedir que as práticas de fraude, de abuso, de desvio de finalidade ou de excesso de poder, *efetivada mediante a abusiva ou má intermediação da pessoa jurídica ou entidade*, produzam efeitos consistentes em prol de quem as realiza, premiando a má-fé, a astúcia ou o logro.

Se assim não fosse, se estaria frustrando um dos mais nobres fins da ordem econômica e social, juridicamente protegido, qual seja, o de proporcionar à coletividade e a todos os seus agentes produtivos a maior segurança nas suas múltiplas relações jurídicas, nas quais deve ser sempre preservado o ineliminável princípio da boa-fé.

Essa função inibidora de fraudes e abusos, mediante a prática de atos sob o pálio da pessoa jurídica, com desvio da sua finalidade, foi sintetizada pelo Professor TULLIO ASCARELLI de modo conciso e completo ao dizer o grande comercialista italiano que *a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas* (Questões a Respeito das Sociedades Anônimas, in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 400), conforme anotação da eminente jurista SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY (*op. cit.*, p. 67).

De fato, a doutrina da mitigação da separação entre o patrimônio da entidade jurídica e o de seus dirigentes, controladores ou acionistas *não deve ser entendida como uma posição adversa à personalidade do ente*

jurídico, senão mesmo uma medida que tende à sua preservação e à dos objetivos ou finalidades que foram declarados quando da sua organização; o Direito não dá abono às práticas ilícitas e, por conseqüência, seria inconcebível que permitisse que uma entidade criada à sua sombra servisse de instrumento ou apanágio para o cometimento de práticas anti-jurídicas.

Dá-se a ocorrência de abusos assim, por exemplo, quando a gestão ou os poderes de gestão do patrimônio da pessoa jurídica (entidade) de tal sorte se mesclam com os patrimônios dos seus dirigentes, acionistas ou controladores, que estes (os dirigentes, acionistas e controladores) assumem praticamente como que *duplas personalidades* (a natural e a ficta, valendo-se da pessoa jurídica), ensejando-lhes um astucioso - e muitas vezes bem sucedido - jogo de interesses, *capaz de iludir os seus credores ou parceiros nas relações econômicas.*

Bem por isso, a teoria da desconsideração da personalidade busca evitar que os atos eivados de malícia dos dirigentes, controladores ou acionistas da pessoa jurídica possam lhes resultar exitosos, isto é, geradores de benefícios ou vantagens indevidas ou ilícitas; o conceito descritivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi assim enunciado, na percepção do eminente doutrinador Professor NELSON NERY JUNIOR:

Consiste (a desconsideração da personalidade) na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral sempre que esta venha a ser utilizada para fins fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída, permitindo que o credor de obrigação assumida pela pessoa jurídica alcance o patrimônio particular de seus sócios ou administradores para a satisfação de seu crédito (Código Civil Comentado, RT, São Paulo, 2008, p. 249).

O problema que então se põe, nesse cenário, até por se tratar de relação jurídica obrigacional decorrente de atos fraudulentos ou abusivos (*atos ilícitos em sentido amplo*), é o de se definir, *obviamente dentro dos limites do sistema jurídico*, se a migração do dever de desempenhar o encargo obrigacional, excluindo-se a pessoa jurídica que originariamente o assumiu e passando-o para o patrimônio das pessoas controladoras,



deverá sujeitar-se (ou não) à verificação da ocorrência de dolo, culpa grave ou culpa aquiliana dos agentes (*posição subjetivista*), ou se bastaria o surgimento do dano ou do prejuízo em si, derivado do descumprimento do dever jurídico, pela pessoa obrigada originária, para que se complete aquela prefalada migração obrigacional (*posição objetivista, calcada na responsabilidade objetiva por dano*).

Essas duas posições quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da entidade originalmente obrigada (*posições objetivista e subjetivista*), para então se atribuir aos seus dirigentes, controladores ou acionistas a responsabilidade ilimitada pelo cumprimento da obrigação, são doutrinariamente defensáveis e se pode dizer que tanto uma como a outra tem acolhida parcial no Direito Brasileiro, embora não se possa detectar, quanto ao ponto, a uniformidade que talvez fosse desejável.

Na verdade, há disposições positivadas que albergam ambas as posições doutrinárias e isso mais revela a necessidade de se desenvolver mais ainda os estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica, para se aprofundar a compreensão da espécie, com inegáveis benefícios para a segurança de sua aplicação.

É provável que na base da teoria da desconsideração da personalidade jurídica estejam latentes os velhos e revelhos *tria juris praecepta* do Direito Romano, a desabonar a conduta que causa prejuízo a outrem (*alterum non laedere*), a recomendar viver-se honestamente (*honeste vivere*) e a dar-se a cada um o que é seu direito (*suum jus cuique tribuere*), de fortíssima conotação privatística, como se percebe na sua famosa enunciação, devida ao poder de síntese do jurista romano DOMÍCIO ULPIANO (170-224), justamente considerado um dos *Cinco Grandes Juristas Clássicos*, ao lado de Paulo, Modestino, Papiniano e Gaio.

3. BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE, NO BRASIL

Uma rápida revisita aos primórdios da elaboração legislativa alusiva à temática da desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, para se atribuir a outra pessoa a responsabilidade pela obrigação da entidade controlada que não a desempenha, se inicia com a imposição *ex lege* da solidariedade entre as partes integrantes ou componentes de grupo

econômico, devendo ser realçado que esse fenômeno (o da solidariedade) não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, embora se possa considerá-lo na sua perspectiva, na medida em que se apóia na superação da separação radical entre os patrimônios de entidades jurídicas distintas.

Além desse aspecto, de si mesmo relevante, anote-se que a solidariedade entre empresas integrantes de grupo econômico, sendo prevista expressamente em Lei, deve ser categorizada como *responsabilidade imponível a terceiros*, enquanto a desconsideração da personalidade - em termos estritos, pelo menos - é construção tópica do Juiz, na solução de caso concreto, em que a ausência de previsão normativa ou positiva o desafia a encontrar a justa solução do litígio emergente do descumprimento de obrigação por ente jurídico, em decorrência de conduta de seus dirigentes, controladores ou acionistas.

De todo modo, a Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada (Decreto n. 3.708/1919), no seu art. 10, já trazia a indicação de imputação aos sócios de obrigações patrimoniais decorrentes da prática de atos *com violação da lei ou do contrato social*, o que indicava a necessidade de prévia demonstração de tais eventos, embora se trate de caso de solidariedade:

Art. 10 - Os sócios-gerentes o que derem nome à firma, não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho (DL n. 5.452/1943), no seu art. 2º, § 2º, também já continha a previsão de se exigir de outrem, no caso de *grupo econômico*, de forma claramente *objetiva*, o desempenho de obrigação jurídica trabalhista originariamente exigível de empresa dirigida, controlada ou administrada:

Art. 2º - (...).

(...).

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção,



controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No mesmo sentido dessas disposições, *mas exigindo a prática de conduta desviante dos objetivos societários ou em fraude à Lei*, o art. 135 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), assimilou a conhecida *teoria ultra vires*, ou seja, a extensão da responsabilidade obrigacional a outrem, em casos de abusos ou fraudes, dessa forma condicionando-a à prévia verificação de condutas ilícitas:

Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...);

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A Lei das S/A (Lei n. 6.404/1976) traz previsões distintas quanto à responsabilidade pessoal do controlador da companhia e do seu administrador, quando a atuação de qualquer deles se trimbrar de abusiva, excessiva ou violadora de normas legais ou internas da companhia, assim dispondo:

Art. 117 – O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

A mesma Lei da S/A, quanto à responsabilidade pessoal do administrador da companhia, diz o seguinte:

Art. 158 – O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contratar em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da Lei ou do estatuto.

Como se pode ver, esses dispositivos da Lei das S/A indicam a adoção de *critério condicionado a condutas culposas, dolosas ou violadoras de normas legais ou estatutárias, para se fazer emergir a responsabilidade pessoal do controlador ou administrador da companhia*.

Contudo, a Lei de Custeio da Previdência Social (Lei n. 8.212/1991) retoma o viés objetivista, na linha da orientação do art. 2º, § 2º da CLT, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.620/1993:

Art. 30 - (...).

(...).

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei.

De igual modo, a Lei das Licitações (Lei n. 8.666/1993), ao instituir a responsabilidade solidária entre participantes de prélios seletivos, nas diversas fases do certame e na execução do contrato, estabelece a superação das personalidades desses agentes:

Art. 33 – Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...);

V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação, quanto na de execução do contrato.

Outros diplomas legais mais recentes também cuidaram da descaracterização da personalidade da pessoa jurídica, como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), assim:

Art. 28 - O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou atividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

De idêntico modo, a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.884/1994), também dá mostras de acolher a versão objetivista, quanto à desconsideração da personalidade:

Art. 18 - A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Igualmente se verifica essa orientação na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei n. 9.605/1998), que assim proclama:

Art. 4º - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A análise desses dispositivos legais permite concluir que a desconsideração da personalidade se acha definitivamente incorporada à ordem jurídica do País, embora a sua sistematização ainda demande a aplicação de novos estudos e elaborações doutrinárias cada vez mais refinadas e profundas, *talvez para se evitar a aplicação desordenada da teoria da descaracterização em campos jurídicos estranhos ao Direito Comercial e Obrigacional clássicos, como o Direito de Família e o de Sucessões, como já se faz sentir em múltiplas decisões das Cortes do País.*

4. LIMITES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) consagrou definitivamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, positivando-a no seu art. 50, mas aludindo, ainda, ao conhecido fenômeno do *abuso da personalidade e ao mesmo tempo a deixando caracterizada nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial*, com o que parece indicar *não ter adotado a solução objetivista, pelo menos na sua versão mais pura, para a hipótese de sua aplicação.*

Pode-se dizer que a expressão *desvio de finalidade* (art. 50 do CCiv./2002) engloba a figura da *fraude*, que sempre foi tida como básica em tema de superação da personalidade, e que a locução *confusão patrimonial*, inserida no mesmo dispositivo, veicula a idéia de *excesso de poder*, já que importa em valer-se o dirigente, o controlador ou o acionista do patrimônio social como se se tratasse de coisa própria sua, como se fosse o seu próprio patrimônio.

O colendo Superior Tribunal de Justiça vem albergando, em vários pronunciamentos, a posição chamada subjetivista, quando ao tema da desconsideração da personalidade, como se vê nestes exemplares acórdãos a seguir colacionados:

Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. *Disregard Doctrine*. Hipóteses.

1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

(...).

(REsp n. 744.107-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU 12.08.2008).

Comercial e Processual Civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Embargos declaratórios ineptos em provocar prequestionamento. Ausência de fundamentação. Falência. Dações em pagamento fraudulentas aos interesses da massa. Desconsideração da personalidade jurídica no bojo do processo falencial. Desnecessidade de ação revocatória. Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 52 e seguintes.

(...).

III. Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no

bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo.

(...).

(REsp n. 418.385-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJU 03.09.2007).

Recurso especial. Ação civil pública. Poluição ambiental. Empresas mineradoras. Carvão mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária.

(...).

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

(...).

(REsp n. 647.493-SC, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJU 22.10.2007).

Na doutrina jurídica mais autorizada, alteia-se a voz sempre ouvida com proveito da ilustre Professora MARIA HELENA DINIZ que, com maior profundidade, produziu página de exemplar compreensão deste instituto, dizendo o seguinte:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles, e, além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com

o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso do direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade. Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (Código Civil Anotado, Saraiva, São Paulo, 2008, pp.100/101).

Tem relevo assinalar, quanto ao ponto, que na Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 7, sobre esse palpitante tema, nos seguintes termos:

Enunciado n. 7 - Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

No que se refere ao tão comum fenômeno da *subcapitalização*, cabe registrar que o Código Civil de 2002 (art. 50) não a inseriu como causa pré-justificadora da desconsideração da personalidade jurídica; ocorre esse fenômeno quando os recursos da pessoa jurídica (entidade) não insuficientes para cobrir as suas operações normais e os seus acionistas não a socorrem ou não lhe aportam recursos adicionais, levando-a ao descumprimento de suas obrigações; por conseguinte, não se mostra viável se ter a subcapitalização como fraude objetiva ou excesso objetivo de poder.

Ademais, não se encontra, no Direito Societário, norma alguma que obrigue os sócios ou acionistas da sociedade a fazerem aportes de



recursos, *ainda que a entidade se encontre em situação financeiramente crítica ou de desequilíbrio.*

Em casos assim (situação crítica ou desequilibrada) poderia surgir a responsabilidade dos sócios ou acionistas se, ao invés de fazerem aportes emergenciais, optassem, por exemplo, por emprestarem dinheiro à sociedade, mediante contratos onerosos, certamente mais agravando a sua crise financeira.

Impõe-se, no entanto, separar os casos de subcapitalização dos casos de descapitalização, quando emerge a responsabilidade dos acionistas, tendo-se como caracterizada quando os sócios ou acionistas *retiram valores societários, promovendo a sangria dos seus recursos e a inanição da entidade, eis que em tal hipótese, estaria configurada a prática de excesso de poder, vedada pelo art. 50 do Código Civil de 2002.*